

内容提要

学校编码: 10384 分类号_____密级_____

学号: 200208060 UDC _____

学 位 论 文
论民事公诉制度之法理构建

**Command on the Jurisprudence Establishment of Civil
Public Prosecution System**

苏婷婷

指导教师姓名: 齐树洁教授

申请学位级别: 硕 士

专 业 名 称: 诉 讼 法 学

论文提交日期: 2005 年 5 月

论文答辩时间:

学位授予单位: 厦 门 大 学

学位授予日期:

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2005 年 月

内容提要

在公法私法化和私法公法化不断演进的今天，随着公共利益的重要性与严峻现实被逐步发现，允许公共力量适当介入私法领域已经势在必行。检察机关民事公诉制度的构建正是在这一历史背景下展开并获得较快发展的。本文运用法理分析法、实证分析法、比较分析法、历史分析法以及正反分析法等论证方法，通过对构建民事公诉制度相关内容的论述，从理论上较为宏观地确立了民事公诉制度。

本文除引言和结语外，分为四章。

第一章论述民事公诉制度的构建缘起。20 世纪持续的社会变迁通过经济形态转变、社会结构变革以及法律文化变革三个方面对法律体系和法律制度的发展产生了深刻的影响，并产生了对相关稀缺法律的需求。而日益严重的国有资产流失现状更是成为直接导火索，引发了对民事公诉制度构建与否的讨论。

第二章论述民事公诉制度的构建依据。民事公诉制度已在世界范围内得到了较为普遍的承认与应用。我国检察机关作为宪法意义上的国家公益代表人，其拥有相对于其他组织更为完善并专业的诉讼资源与能力。在诉的利益成为衡量当事人适格与否的标准的前提下，由其提起民事公诉，对于保障国家利益和社会公益，具有现实性和可行性。

第三章论述构建民事公诉制度的障碍及其排除。作为一项新的制度，尤其是一项涉及到公权力对私益进行干预的制度，在构建过程中，必然因其固有的制度风险而存在着相关的反对意见。然而这些反对意见并不能真正动摇制度构建的基础，对其进行排除可以更为有力地确立民事公诉制度。

第四章论述民事公诉制度的性质以及检察机关在其中的诉讼地位。民

事公诉制度作为民事法律监督实现的载体之一，从法理和法律上获得了区别于普通民事诉讼的特别地位，同时也使得检察机关以民事公诉人的身份获得了有别于一般原告的特别诉讼权利。然而，私益本身固有的相对于公权力的天然屏障，使得我们需要对检察机关公诉权的范围进行一个合理的界定与限制，从而避免过度的干预扰乱了私权领域自身的调节秩序。

关键词：民事公诉；公益代表人；民事法律监督

ABSTRACT

Today, when the integration of public law and private law evolves continually, when the significance and grave reality of public interests were found gradually, it must be enforced to give public power permission to interfere into the sphere of private law properly. So, on this historical background, the establishment of the civil public prosecution system gains a fairly rapid improvement. In this article, I apply many methodologies on the angles of jurisprudence, positive law, comparative law, history and pro and con arguments. Then, with the demonstration about correlative content of the civil public prosecution system, I establish this system in theory macroscopically.

There are four chapters in the article, except for the preface and the conclusion.

In chapter 1, I discuss the cause of the civil public prosecution system. Continuous social transition in the 20th century have a deep impact on development of legal system from three respects of economical transformation, social structure transformation and legal culture transformation, and caused an asking for the relevant laws. The loss of state property, which is worsening day by day, becomes a fuse, which causes a discuss about the establishment of the civil public prosecution system.

In chapter 2, I discuss the basis of the civil public prosecution system. We must admit that civil public prosecution system has been used in nearly all over the world. In our country, prosecutorial organization is the representative of public interests. It owns a more extensive and professional litigious resources

and ability than the other organizations. When the interests of actions become the qualification for the proper party, the civil public prosecution system can protect public interests. All of these are practical and feasible.

In chapter 3, I discuss the obstacles and their eliminations in the course of the establishment of the civil public prosecution system. As a new system, especially as a system that involves an intervention of public power permission to the sphere of the private interests, when it is established, it will cause many objections inevitably because of its inherent risk. But all of these objections won't destroy the foundation of this system. On the other hand, the elimination of objections will establish a more powerful system.

In chapter 4, I discuss the nature of the civil public prosecution system and the litigious position of prosecutorial organization. The civil public prosecution system is one of ways to realize civil legal supervision. From the angle of jurisprudence and law, it gains many special provisions that are difference with the provisions in common civil action. On the other hand, as a civil public prosecutor, prosecutorial organization also gains many special procedural rights that are difference with other common plaintiff. But, with prerequisites of the principle of autonomy of the will, private interests have an inherent protection to resist public power. So we must make a definition and limitation in the scope of the right of public prosecution of prosecutorial organization to avoid the over interference which would destroy the order of the private right sphere and lead to an unnecessary overcorrecting.

Keywords: Civil Public Prosecution; Representative of Public Interests; Civil Legal Supervision

目 录

引 言	1
第一章 民事公诉制度的缘起	3
一、民事公诉制度的概念	3
二、社会动因	3
（一）经济形态转变	4
（二）社会结构变革	5
（三）法律文化变革	7
第二章 民事公诉制度的构建依据	10
一、实证依据：适格主体的选择	10
（一）民事公诉中的诉权	10
（二）检察机关的较优地位比较	14
二、法理依据：检察机关公益代表身份的宪法基础	20
（一）国家享有诉权是民事公诉的基础条件	21
（二）检察机关是国家和社会公共利益的代表	21
三、比较法依据：他国现有制度的借鉴意义	22
（一）法国模式	22
（二）英美模式	23
（三）德日模式	25
（四）前苏联模式	25
四、历史依据：民事检察制度的发展历程	26
（一）解放初期	26
（二）民事诉讼法相关法条的制定过程	27

第三章 构建民事公诉制度的障碍及其排除	29
一、否定民事公诉制度的理由.....	29
二、障碍的排除.....	31
(一) 符合诉讼当事人地位平等的原则	31
(二) 公益对于私益的至上性	31
(三) 属于适格当事人，并不破坏诉讼程序	33
(四) 并非破坏等腰三角形	34
(五) 同支持起诉原则与法律援助制度并行不悖	35
(六) 与国家以股东身份行使股权并无矛盾	37
第四章 民事公诉制度的性质与检察机关的诉讼地位	38
一、民事公诉制度的性质.....	38
(一) 民事法律监督的含义	38
(二) 民事法律监督同民事公诉的关系	39
二、检察机关在民事公诉中的诉讼地位	41
(一) 通说及比较法基础	41
(二) 检察机关民事公诉人的诉讼地位	42
三、权力限制.....	45
(一) 案件来源	46
(二) 受理范围	46
(三) 诉讼权利与义务	51
结 语	54
参考文献	56

Chapter 3	The obstacles and their eliminations of the establishment of the civil public prosecution system.....	29
Subchapter 1	Reasons which negate the civil public prosecution system.....	29
Subchapter 2	The eliminations of the obstacles.....	31
Section 1	Accord with the principle of party equality in status	31
Section 2	Public interests are more paramount than private interests....	31
Section 3	Prosecutorial organization is the proper party and won't destroy the prosecution structure.....	33
Section 4	Never destroy the structure of isosceles triangle.....	34
Section 5	Function with the principle of supporting prosecution and the legal aid system without coming into conflict	35
Section 6	Won't conflict with the country to wield its shareholding as a shareholder	37
Chapter 4	The nature of the civil public prosecution system and the litigious position of prosecutorial organization	38
Subchapter 1	The nature of the civil public prosecution system	38
Section 1	The conception of the civil legal supervision.....	38
Section 2	The relation between the civil legal supervision and the civil public prosecution	39
Subchapter 2	The litigious position of prosecutorial organization	41
Section 1	The common parlance and the Comparative law basis	41
Section 2	Prosecutorial organization is civil public prosecutor	42
Subchapter 3	Definition of the power	45
Section 1	The source of case	46
Section 2	Sphere of jurisdiction	46
Section 3	Rights in prosecution.....	51
Conclusion		54
Bibliography		56

引 言

1997年2月3日,我国第一起由检察机关以原告身份代表国家利益提起诉讼的案件得到法院判决的支持。^①一石激起千层浪,由此引发了法学界、实务界对于民事公诉制度的讨论,内容涉及其理论依据、优势弊端等方面。可以说,随着我国改革的深化和市场经济的发展,民事、经济领域个人利益、集团利益与国家利益、公共利益的矛盾、冲突也日益凸现:国有资产在民事活动遮掩下被层层蚕剥;公共利益在个人权益追逐中面临断壁颓垣;意思自治向公序良俗公然挑战……法制呼吁强有力的手段对民事行为进行监督制约。^②曾有学者提出,“所谓法治国家,实质上是具有规制国家各项权力的基本规范的立宪型国家,同时是平等保障公民和国家机关遵守法律的权利保护型国家。因此,国家形态主要通过设置司法程序和重视司法在公共生活中的作用之方式加以构造,保障法院组织以及公民的接受司法裁判权业已成为维护国家基本秩序的根本所在。”^③因此,保障国家利益和社会公益不应当只是口头上的概念,而是需要一套完善有效的制度予以实现。然而,个人力量的势微、社团组织的非专业性、行政机关职权上的固有矛盾,使得这些主体都难以支撑起公益保障人的角色。经过较长时间的理论纷争和试点实验,由检察机关代表国家利益和社会公益对严重危及国家利益、社会公共利益和公序良俗的民事违法行为提起公诉,启动司法审判,成为首推之举。自1997年以来,我国检察机关提起

^① 详见河南省方城县人民法院(1997)方初字第192号《民事判决书》。案情大概如下:一个镇工商所将十几万的国有资产以几万元的价格出售给所长的亲属。检察机关发现后,认为是国有资产流失,便以原告的身份向法院提起诉讼,要求确认买卖行为无效,法院支持了检察机关的诉讼请求,判决当事人之间的处分行为无效。

^② 李爱慎.对民事公诉权确立依据及案件范围之探讨[A].孙谦.检察论丛(7)[C].北京:法律出版社,2004.501-502.

^③ 杨荣馨.民事诉讼原理[M].北京:法律出版社,2003.223.

或参与相关民事公益诉讼案件达 200 多起。^①2001 年 10 月最高人民检察院《关于加强民事行政检察工作若干问题的意见》又使得民事公益诉讼制度的建立在实践中得以整体推进。

然而，检察机关民事公益诉讼制度的构建还存在着不可忽视的阻力与障碍。首先是理论界对于民事公益诉讼的确立与否还存在较大的分歧：有一部分学者不赞同专门设立一个公益诉讼的执行机关，认为可以由行政机关、法律援助部门进行诉讼；而大部分的反对意见则是针对民事公益诉讼设立的理论基础，以及其对于审判权、民事私权的克制意义是否能允许该项制度顺利施行等问题提出质疑。其次是在赞成由检察机关提起民事公益诉讼的学者中，对于检察机关拥有公诉权的依据、检察机关在民事公益诉讼中的诉讼地位及其权利义务的内容、民事公益诉讼案件的范围等问题还存在不同意见。同时，当前立法的空白、滞后也使得这项制度的设立举步维艰，困难重重。

但是，引用耶林的一句话，“目的是全部法律的创造者，每条法律规则的产生都源于一种目的，即一种事实上的动机。”^②上述迫切的公益性需要，已经给了我们一种事实上的动机。探讨民事公益诉讼的模式架构以期指导检察实践，推动我国民事公益诉讼的发展，保障国家利益和社会公益已成为当务之急。

^① 湖南省郴州市人民检察院课题组. 民事公益诉讼法律制度具体设计研究[A]. 孙谦. 检察论丛(9) [C]. 北京：法律出版社，2005. 466.

^② 博登海默. 法律学——法哲学及其方法[M]. 邓正来译，北京：华夏出版社，1987. 104.

第一章 民事公诉制度的缘起

一、民事公诉制度的概念

民事公诉制度是指对于特定范围内的某些涉及国家重大利益、社会公共利益及有关公民重要权利的民事案件，在无人起诉或当事人不敢诉、不能诉的情况下，由检察机关向法院提起民事诉讼，主动追究违法者的民事责任，以保护国家、社会和公民的合法权益。^①对于这项制度存废的讨论早在1979年《民事诉讼法（试行）》起草时就开始了，后来随着民诉法对该项制度的最终否定，这一讨论沉寂了一段时间。现下，民事公诉制度的存废问题又成为近一时期法学理论界和司法实践中的一个热点。新出台的《〈民事诉讼法〉修改建议稿初稿》第64条有关公益诉讼的规定就明确指出，检察机关、其他有权机关、公益团体、有利害关系的公民为维护公共卫生、环境、生活质量、文化财产、国有财产以及保护消费者的利益，可以针对侵害多数人利益的人提起不作为之诉或者赔偿诉讼。^②

究其缘起，笔者认为，在于数年来持续深入进行的社会变革。

二、社会动因

持续性的社会变迁，是20世纪的显著特征之一。一系列的制度变迁对法律体系和法律制度的发展产生了深刻的影响，也引发了一系列的法制改革。这正如庞德说的：“在现代法律科学中，最重要的推进也许就是从

^① 孙谦. 检察：理念、制度与改革[M]. 北京：法律出版社，2004. 149-150.

^② 江伟，孙邦清. 《中华人民共和国民事诉讼法》修改建议稿初稿（上）[EB/OL]. http://www.ccelaws.com/int/artpage/2/art_2355.htm, 2004-2-28.

以分析性态度转向以功能性态度对待法律。”^①因此，探究社会变革对于法制的要求成为目前中国法制改革的首要问题。这具体在于从社会的经济形态、社会结构以及法律文化等方面的变迁和转型过程当中，发现和确认社会对于法律规范的内容、法律理念和意识形态以及法律的应用和研究方法所积蓄的新生资源，以此来实现法制的变革。这种方法通过思维逻辑的理性化，降低了法律改革的成本，并且避免产生对改革进行再改革之类的无序现象，减少资源浪费。^②

（一）经济形态转变

改革开放以来，中国社会所经历的最为深刻的变迁无疑是发生在经济领域的，其中最为重要的是经济形态的转变。在从计划经济到有计划的商品经济，再到社会主义市场经济的渐进改革过程中，由于新旧体制并存，多种经济成份并存，产权关系不明等因素造成的国家经济利益受侵害的事实十分严重，重点表现在国有资产的投资转让、处分过程中。据统计，改革开放的二十多年中，国有资产流失已达 5000 多亿元，并仍有加剧趋势。2000 年，审计署统一组织了对全国 1290 户国有及国有控股大中型企业 1999 年度的资产、负债和损益情况的审计，共查出企业因逃废银行债务、资金体外循环、改制运作不规范等问题造成国有资产流失达 228.8 亿元。但这只是对部分大中型国有企业审计的结果，国有资产流失的实际数额要比该数字大得多。根据国有资产管理局的统计和测算，现在每天约有 1 亿元的国有资产流向帐外，流向非国有经济实体，流向私人腰包，给国家和企业造成了巨大的经济损失。^③

^① POUND. Administrative Application of Legal Standards. Proceedings American Bar Association 1919 [Z]. 441.

^② 孙谦. 检察：理念、制度与改革[M]. 北京：法律出版社，2004. 7.

^③ 蓝向东，郭兴莲. 建立我国民事公诉制度的思考——从国有资产流失谈起[A]. 中国检察理论研究. 检察理论研究[C]. 北京：中国检察出版社，2001. 260.

纵观起来,国有资产流失主要是由于国有资产的管理者、经营者利用行使民事权利的机会损公肥私,或与他人恶意串通,侵吞国家财产。而对于这种为个人或小组获得实惠的行为,享有诉权的国有资产管理、经营者们自然不会诉诸法律。我国法律也并未向国有资产管理、工商、审计等部门赋予诉权,加之许多地方的国有资产管理、工商、审计等部门在政府机构改革中处于不明确状态,或被撤销或丧失诉讼主体资格,无法主张权利,客观上形成了国有资产保护的诉讼主体缺位的状态。

应当说,在经济体制转型的影响下,法制建设和司法工作的重点在于收敛国家权力和行政权力,强调市场规则和社会自信,并在这换位的过程中,相应地实现司法机关独立行使职权和司法制度化,确立司法最终解决社会争端的权威,以增强法制的可预测性,防止转型过程中的制度缺位。然而现实的情况却是,由于我国没有建立相应的国家利益和社会公益的司法保障机制,缺乏法定适格主体,司法体制未得到相应的完善与重视,使得上述社会转型时期的必然现象得不到应有的遏制,公益受到严重的破坏。所以,通过司法改革构建相应的法治理念与制度正是经济体制转型时期的必然要求。

(二) 社会结构变革

在经济形态转变的同时,中国社会还发生着重大的社会结构变迁,市民社会的概念逐步形成,相应的制度保障也在逐步完善。市民社会理论主张国家与社会、政府与公民的二元国家观,即在市民构成的社会,由于个人利益上的一致性和彼此的互辅性,从而形成相互依存的关系。这种彼此依存关系具有不受国家支配和控制的社会自主性,使得市民社会构成了一种与国家相分离和相对应的独立自主领域。对于中国来说,同上述的经济形态转型相适应,社会结构因子开始由改革前的同质化转化为改革后的

异质化,国家逐步从中央统一集权转化为由国家、社会、公民三部分组成的有机整体,原有社会结构的维系机制正逐渐被打破,新的社会结构正在逐步定性与建立过程中。相应地,当身份制、单位制、行政制的社会控制体系解体后,其对于社会的控制能力逐渐让位于法律的社会控制功能;而在社会资源的分配机制由行政性的差别分配转向契约的、市场的机制分配的同时,法律的秩序维护作用也日渐被强调了。然而目前的情况却是,在变革过程中,中间制度的缺位愈发凸现,尤其是法律制度的缺位。这不仅是由于我国立法工作相对于社会机构变革的滞后性,更重要的是市民社会本质上的制度缺陷:在重视社会自主性的同时,忽视了对关涉国家利益和社会公益的保障机制的建立,未明确以公益代表身份为标志的保护主体,造成一个相对空白的中间地带。这主要体现为,在对环境污染等公害行为、垄断行为(包括行业垄断、行政垄断和新近出现的市场垄断)、破坏公序良俗等民事违法行为以及其他涉及国家利益和社会公益的行为^①的控制上,由于是对边缘化的、分散性的权利造成的侵害,往往没有直接、明确的受害人,^②而同时我国法律也未规定明确的起诉主体,由此形成一个诉讼主体的真空状态。尽管目前存在环境保护相关行政管理部门、消费者保护协会等行政机关或社会团体,但由于未有法律明确赋予其提起公益诉讼的权力,而且由于其并非专业法律机构,对于此类公共利益的保护并不能达到应有的效果,因此,此类主体在法律意义上还是缺位的。

以环境污染案件为例,环境污染行为一方面违反了相关的行政法规,环保部门有权以行政程序处理;另一方面违反了民法规范,构成民事侵权,被侵权人可以按民事诉讼程序起诉。从表现上看,似乎这两种程序足以保

^① 例如,破产清算之后,破产清算组宣告解散,这时却又发现该企业有一笔债权没有追回,也没有向法院起诉,如不主张这项权利,则国家经济利益就要蒙受损失,而行使这项权利的破产清算组已经不复存在,这时法律必须从法律上设定一个机关充当起诉主体。

^② 张卫平,汤维建,陈桂明.民事诉讼法修改改什么?

[EB/OL].<http://www.xslx.com/htm/mz fz/fxtt/2004-10-14-17483.htm>, 2004-10-14.

证环境污染公害行为能够顺利得到追究,其实不然。只要两方面权力或权利主体有一方怠于行使权力或权利,如,环保部门可能基于地方经济保护或其他因素而对本地企业的污染行为熟视无睹,不予依法追究;又如,受环境污染损害的个人可能因为受害人数众多,个人能够索赔的数额又较小,从而放弃权利或互相企望而不积极行使诉权,此时,环境污染行为就可能被纵容而不是受到制止,前述的法定程序也就显得无能为力。这是因为,此类公害案件所侵害的不仅仅是受污染领域内的特定人群的民事权利,污染环境本质上是对国家利益和社会公益的侵害,而法律却缺乏对涉及此类案件适格主体的规定,导致上述两方面主体对于此类案件解决的客观上的不完善。^①

(三) 法律文化变革

法律文化是法律现象的精神部分,即由社会的经济基础和政治结构决定的、在历史进程中积累下来并不断创新的有关法和法律生活,特别是权利和义务的群体性认知、评价、心态和行为模式的总汇。^②法律只有内化成为人民自觉的理念和精神内容,才能够在根本上起到确定和发展社会秩序的作用。可以说,现代法律秩序的形成,在很大程度上取决于现代法治精神的内化程度,取决于传统法律文化的现代化转型。一般认为,中国传统法律文化具有价值上的团体本位、规范上的义务主导、公法制度发达以及人治精神和无讼倾向等特征。而在引进西方法思维理念之后,社会关系的变化会使得存在于主观意识中的价值也随之发生变化,从而在法律文化上出现与其相对应的特征,即价值上的个体本位、规范上的权利主导、私法制度的发展以及法治精神的倾向,同时,自然法理论中关于法的终极目

^① 孙谦. 检察: 理念、制度与改革[M]. 北京: 法律出版社, 2004. 155.

^② 张文显. 法哲学范畴研究(修订版)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001. 235.

Degree papers are in the “[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)”. Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库